

## Rezagos de los principios generales del derecho romano

### *Remnants of the general principles of Roman law*

Jair Alfonso Robayo Moreno\*

#### Resumen

El derecho romano ha sobrevivido desde que el Imperio romano terminó en occidente (476 d. C.) y en oriente (1476 d. C.), como una fuente vinculante de derecho y, en otros casos, como una fuente de ayuda. Asimismo, se debe decir que los conceptos y valores romanos no son una invención moderna, sino que fueron recopilaciones de las antiguas leyes de la civilización romana, que reflejan el sistema legal nacido en Roma y crean enunciados universales adoptados luego por países latinos, y algunos orientales, como Japón. Estos enunciados pueden ser literalmente adoptados por los países como una ley interna que se viene redactando, o empleada en la costumbre legal, si el derecho romano se puede adoptar como fuente de derecho. ¿Cómo se adopta esto en un paquete legal de países comunes? En la mayoría de casos, en relación con el derecho civil, pero el objetivo de este texto es mostrar los rezagos del derecho romano en el ordenamiento jurídico colombiano; en primera instancia, se establecen y definen, una a una, las fuentes tradicionales del derecho romano y, luego, se contrasta con el actual sistema de fuentes legales colombianas.

**Palabras clave:** legal, Roma, ley fuente, sistema

#### Abstract

Roman law has survived since the end of the Roman Empire in the West (476 A.D.) and in the East (1476 A.D.), as a binding source of law and, in other cases, as a helping source. It should also be said that Roman concepts and values are not a modern invention, but were compilations of the ancient laws of Roman civilization, reflecting the legal system born in Rome and creating universal statements later adopted by Latin countries, and some Eastern ones, such as

---

\* Magíster en Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho; maestrando en Derecho Procesal; docente de la Universidad Libre, con Especialización en Derecho Penal. Correo: [jaribayo90@gmail.com](mailto:jaribayo90@gmail.com)

Japan. These statements can be literally adopted by countries as an internal law being drafted, or used in legal custom, if Roman law can be adopted as a source of law. How is this adopted in a legal package of common countries? In most cases, in relation to civil law, but the purpose of this text is to show the remnants of Roman law in the Colombian legal system; in the first instance, the traditional sources of Roman law are established and defined, one by one, and then contrasted with the current system of Colombian legal sources.

**Keywords:** legal, Rome, source law, system

## Introducción

El derecho romano ha dejado grandes paradigmas en el derecho del mundo occidental; por lo cual es importante tener en cuenta que, a pesar de la caída del Imperio romano de occidente, en 476 d. C., y de oriente, en 1476 d. C., el derecho romano se mantuvo como una fuente del derecho, de gran relevancia en diferentes ordenamientos, y llegó a ser, en algunos casos, fuente vinculante y, en otros, fuente auxiliar. Actualmente, lo cierto es que, en sistemas de Estados que tienen una fuerte influencia del derecho continental románico-germánico, se ha optado por la positivización, en su mayoría, de los enunciados del derecho romano en material civil, especialmente en lo concerniente al *Digesto*.

Al ser positivizado, el derecho romano implica una fuente directa en los ordenamientos jurídicos; así mismo, es importante resaltar que esos enunciados de derecho romano, o sus codificaciones, no responden a

los paradigmas de la modernidad, ya que, en su gran mayoría, eran compilaciones en torno a ciertas temáticas abordadas por los juristas, a excepción de algunos cuerpos jurídicos, como lo fue la *Ley de las XII Tablas*, que, si bien tenía el paradigma de un articulado, no contaba con una unidad de materia.

Es claro cómo grandes estudiosos del derecho comparado han realizado estudios relevantes sobre la recepción de las instituciones del derecho romano por parte de ciertos Estados Modernos y cómo algunas de ellas han caído en desuso por diferentes factores; como aquellas que se han ajustado a las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Por ejemplo, cuando se da el fenómeno de la constitucionalización del derecho, puesto que el derecho romano pierde su esencia, en algunos casos, y debe amoldarse a la interpretación de la Constitución.

En Colombia, con base en el artículo 4 de la Constitución Política, principio de supremacía constitucional, todas las fuentes del derecho han sido ajustadas

a la Carta Magna o, en otros casos, ha habido artículos derogados que, en su gran mayoría, ha conocido la Corte Constitucional, que busca la armonía del sistema normativo. Sin embargo, surge un interrogante con respecto a que, comoquiera que la mayoría de principios del derecho romano han sido positivizados en la Ley o jurisprudencia, no se encuentran como principios auxiliares, sino principales, y, entonces, ¿es inútil pensar que son fuentes auxiliares del derecho? De no ser así, surge también la siguiente pregunta: ¿cómo pueden ser aplicados los principios del derecho romano que no están positivizados en el actual sistema de fuentes colombiano?

Por lo anterior, el presente texto busca dar cuenta de los principios generales del derecho romano, en el sentido de una aproximación conceptual, con respecto a las actuales fuentes del derecho en Colombia, ya sea que, en efecto, la mayoría de enunciados del derecho romano ya estén positivizados o no, al establecer de qué manera es posible aplicar dichos principios del derecho romano a un caso concreto en Colombia.

Por ende, el presente escrito comienza determinando las fuentes tradicionales del derecho romano para, luego, relacionarlas y poder comprender en qué consistió la codificación de Justiniano, observando los diferentes cuerpos

normativos que se hayan allí, dado que el *Digesto* contiene un acápite enfocado a los principios del derecho romano. Posteriormente, se realiza una serie de aproximaciones al sistema actual de fuentes en Colombia, en la que claramente se incluyen varios enunciados del derecho romano, que, en su gran mayoría, han sido adoptados en el derecho civil, a fin de pasar a observar los auxiliares y, de esa manera, establecer cuáles principios del derecho romano pueden estar siendo o no utilizados como fuente auxiliar.

## 1. Fuentes del derecho romano

Cabe recordar, y como es evidente por el paso del tiempo, que en el antiguo Imperio romano las fuentes fueron variando en sus distintas etapas, por lo que no se hará precisión exacta de las variaciones temporales. Las fuentes del derecho romano son principalmente *la costumbre, la ley, el plebiscito, el senado consulto, las constituciones imperiales, los edictos y la jurisprudencia*. Vale la pena aclarar que solamente se presentan, a continuación, unas breves conceptualizaciones de cada fuente.

### 1.1 La costumbre

La *costumbre* romana, como es evidente, es la fuente del derecho más antigua en

esta cultura, y consistía en que los actos de los mayores (*mores maiorum*) debían ser institucionalizados en el tiempo, cuando contaban con las características de ser repetidos y obligatorios, y con una relevante prolongación en el tiempo. Correspondía al colegio de pontífices evaluar cuáles conductas se convertían en costumbre; de esta manera, dichas prácticas, con el tiempo, eran plasmadas en textos legales.

## 1.2 La ley

La ley consistía en el mandato de carácter público que realizaba el magistrado, ante el senado (*lex rogata*), a la asamblea comicial para que fuera aprobada, y, luego de su aprobación, se convirtiera en *auctoritas patrum*; igualmente, el magistrado podía expedir normas, bajo la modalidad de *lex data*, con base en una delegación comicial, y tenían carácter administrativo, siendo estas dos las principales. Cabe anotar que la mayoría de leyes consistía en mandatos de derecho administrativo, llevaban los nombres de los magistrados que las realizaban y su manera de producción cambió con el tiempo. Así mismo, los romanos definieron la razón de ser de la ley: “la Virtud de la Ley es mandar, prohibir, permitir, punir” (*Dig.* 1.3, como se citó en Medellín, 2000); en relación con lo cual, vale la pena decir que nacen los moduladores deónticos en lógica jurídica.

## 1.3 El plebiscito

El *plebiscito* consistió en el resultado de movimientos reivindicatorios de la clase plebeya; es decir, era una fuente que establecía lo que la plebe quería, frente a los patricios, por lo que, en sus inicios, solamente era aplicado a esa clase. Sin embargo, con la *Ley Hortensia* del 287 a. C. se les asignaron efectos jurídicos a los patricios. Estos enunciados fueron relevantes para los principios del derecho privado y constituyeron el resultado de la revolución de la plebe.

## 1.4 El senado consulto

Esta fuente consistió en que, durante el proceso de la formación de leyes, los senadores daban consejos acerca de las primeras; por lo cual, en principio, no tenían fuerza vinculante. En el principado y en el Imperio, tuvo un papel importante, ya que se convirtió en fuente obligatoria y se titulaba con el nombre del príncipe o emperador que la iniciaba; hoy se puede asimilar, en cierta medida, a la interpretación auténtica o, en otras palabras, a los diarios oficiales y gacetas del Congreso.

## 1.5 Las constituciones imperiales

Consistieron en la actividad legislativa del emperador, que no era reconocida antes del siglo II d. C., y se convirtió en

la fuente única de derecho en la referenciada etapa. En el *Digesto*, fueron definidas como “lo que place al príncipe tiene fuerza de Ley” (Medellín, 2000, p. 30), y podían venir en forma de *edicta*, *decreta*, *rescripta*, *epistulae* y *mandata*. Los *edicta* eran mandatos generales para todo el territorio parte de este; los *decreta* surgían cuando el emperador dirigía juicios y sentenciaba; los *rescripta* consistían en las respuestas dadas a consultas de funcionarios del Imperio; los *mandata* eran instrucciones a los funcionarios o gobernadores provinciales.

## 1.6 Los edictos

Eran la actividad que ejercían los magistrados, frente a los habitantes de cierta parte del territorio, al establecer las normas que aplicarían durante su gestión.

## 1.7 La jurisprudencia

La *jurisprudencia* fue definida, en la *Digesto*, de la siguiente manera: “La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”. En torno a esta fuente del derecho se han establecido varios elementos, pero, en síntesis, consistía en que los juristas interpretaban y desarrollaban en *ius*, dado que tenían *auctoritas*. Esta fuente

prevaleció en Roma hasta el auge de las constituciones imperiales.

## 2. La codificación de Justiniano

Es evidente que el desarrollo jurídico romano, en su totalidad, tuvo en gran medida un carácter sofisticado; no obstante, es claro que su vigencia en el tiempo se basó en la codificación realizada por mandato de Justiniano, de la cual se debe anotar que abarcaba varios componentes. Entre 528 d. C. y 533 d. C., una comisión de juristas encargados por el emperador inició un trabajo de compilación, materializado en las *Instituta*, el *Digesto*, el *Código* y las *Novelas*; incluía todas las fuentes del derecho romano ya referenciadas, que, evidentemente, contenían principios del derecho, de manera dispersa, a pesar de que, en el Libro I del *Digesto*, se encuentran los principios más relevantes.

### 2.1 Las Instituciones

Las *Instituta* o *Instituciones* consistían en escritos con fines de aprendizaje, y se basaron en las *Instituciones* de Gayo, y de otros autores, así como en acápites de constituciones imperiales; evidencian un orden codificador, acogido y mejorado en el Código Civil Francés, esto es, personas, cosas y acciones.

## 2.2 El Digesto

Es uno de los elementos más importantes de esta codificación, ya que incluye a la jurisprudencia romana en sus diferentes etapas. Está conformado por cincuenta libros, ordenados de la siguiente manera: I-IV, principios generales del derecho y la jurisdicción; V-XI (*de iudiciis*), doctrina general de las acciones y protección a la propiedad y demás derechos reales; XII-XIX (*de rebus*), obligaciones y contratos; XX-XXVII (*umbilicus*), obligaciones y familia; XXVIII-XXXVI (*de testamentis et conciliis*), herencia, legados y fideicomisos; XXXVII-XLIV; y XLV-L. Sobresale el capítulo relativo a principios generales del derecho, pues se puede observar que no eran, como tal, norma de fundamento o de validez de otras, como ocurre con la supremacía constitucional, sino que es posible apreciar que eran, más bien, parámetros de interpretación en casos concretos, con un marcado iusnaturalismo.

## 2.3 El Código

El Código estaba conformado por las constituciones romanas escritas desde Adriano hasta Justiniano, y trataba sobre temáticas de diferentes ramas del derecho.

## 2.4 Las Novelas

Las Novelas hacen referencia, principalmente, a los cuerpos normativos establecidos por Justiniano.

### 3. Conclusiones de las fuentes del derecho romano y la codificación de Justiniano respecto de los principios generales del derecho

Teniendo en cuenta el concepto de *principio*, en todas sus extensiones y variables, como se explica más adelante, es comprensible que en las fuentes del derecho romano hubiera este tipo de enunciados normativos; por lo cual, la codificación de Justiniano, al basarse en ellas, también contiene una serie de principios. No obstante, como se dijo, en el Libro I del *Digesto* se encuentran los que, para los romanos, tenían ese carácter. Por ello, era de gran importancia comprender con qué material fue elaborado el *Digesto* para exponer luego algunos aspectos de estos principios; no sin antes tomar en consideración el sistema de fuentes actual en Colombia y, de esa manera, ver cómo los operadores jurídicos pueden o no utilizar dichos principios hoy en día.

#### 4. Sistema de fuentes del derecho colombiano

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1991, el sistema de fuentes del derecho en Colombia cambió drásticamente a través del tiempo de su aplicación. Esto era inevitable, teniendo en cuenta que el paso de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho conlleva grandes consecuencias en el interior y exterior de cualquier sistema normativo; por lo que el país no fue la excepción.

Es posible evidenciar ese cambio, a partir de la primera interpretación realizada en el artículo 230<sup>1</sup> de la Constitución, que sólo permitía que la Ley fuera la única fuente vinculante u obligatoria en Colombia. Sin embargo, esa interpretación literalista u originalista fue relegada por una interpretación sistemática en la que, de acuerdo con la fundamentación de los derechos en un Estado Social de derecho y, conforme al artículo 1 de la Constitución, estos nacen en torno al trabajo, la solidaridad y, principalmente, la dignidad humana.

Así, se tomaron como principios fundamentales e inamovibles del Estado, tal

como la igualdad ante la Ley, la seguridad jurídica y la legítima confianza; lo cual permitió que la jurisprudencia se entendiera como si fuera la Ley, al asignarle un concepto extenso a esta última. La Corte Constitucional lo explica de la siguiente manera:

Esta expresión, contenida en el artículo 230, ha sido entendida “en un sentido material”, de manera que comprende todas las normas (i) adoptadas por las autoridades a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce competencias para el efecto y (ii) siguiendo el procedimiento o las formas fijadas con ese propósito. En ese sentido, la “Ley” incluye no sólo las normas dictadas por el Congreso de la República, sino también —y entre otros cuerpos normativos— los Decretos expedidos por el presidente de la República, así como las disposiciones adoptadas —en desarrollo de sus atribuciones constitucionales— por el Consejo Nacional Electoral (art. 265), la Contraloría General de la República (art. 268), el Banco de la República (arts. 371 y 372) y el Consejo Superior de la Judicatura (art. 257). (Corte Constitucional, 2015)

La Corte entiende que el concepto de Ley debe interpretarse de forma extensiva, es decir, que además de las normas expedidas por el órgano

<sup>1</sup> Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. (Resaltado fuera de texto)



legislativo, también comprende las normas expedidas por el presidente, el Consejo Nacional Electoral, la Contraloría General de la República, el Banco de la República y el Consejo Superior de la Judicatura; e, igualmente, las autoridades departamentales y municipales, en cuyo caso expiden normas los gobernadores, las asambleas departamentales, los alcaldes y los concejos municipales. Por ello, el acto administrativo, al desarrollar la Ley y concretizarla, forma parte de esta.

La jurisprudencia, en principio, era considerada como una simple fuente auxiliar del derecho, pero hoy tiene fuerza vinculante. Esta idea se ha desarrollado paulatinamente, al comprenderse que la jurisprudencia, en sus modalidades de *precedente judicial*, *doctrina probable* y *doctrina constitucional*, se hace de obligatorio cumplimiento; aunque no siempre es vinculante cuando se manifiesta a manera de antecedente judicial o sólo se realiza una citación a un *obiter dictum* y tienen estos últimos un carácter auxiliar.

La jurisprudencia y su grado de obligatoriedad, por parte de las autoridades, ha sido reconocida por el mismo legislador. El artículo 10 del CPACA o Ley 1453 de 2011 establece los elementos del precedente judicial, es decir, que todo caso que tenga hechos similares y un problema jurídico semejante de-

berá ser resuelto de manera uniforme. Asimismo, el CGP o Ley 1564 de 2012, en su artículo 7, expresa que, para garantizar la legalidad, los jueces, además de estar atados a la Ley, si se apartan de la doctrina probable, es imperativo que sean dados los fundamentos de esa decisión<sup>2</sup>.

Además de las fuentes referenciadas, es fuente vinculante el derecho comunitario, como se explica en la Sentencia C-256 de 1998, en la que se trae a colación el Acuerdo de Cartagena, que, teniendo naturaleza de tratado internacional, se denomina *derecho primario*, al crear un órgano de producción normativa llamado *Parlamento Andino*, cuyas normas producidas son *derecho secundario*, y cuyas decisiones son vinculantes en el momento de su promulgación<sup>3</sup>. Cabe anotar que este

<sup>2</sup> La Corte Constitucional, mediante Sentencia SU-068 de 2018, ha definido el precedente judicial como "aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, en el momento de dictar sentencia".

<sup>3</sup> "El Acuerdo de Cartagena es un tratado internacional que forma parte del derecho comunitario andino, pero que no es todo el derecho comunitario andino, dado que este "no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario, se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario,



tipo de derecho, si bien forma parte del Derecho Internacional Público, tiene un carácter especial porque el órgano cuenta con una base de ese derecho, pero las normas que produce no son tratados o convenios internacionales; por lo cual son de diferente naturaleza a las primeras, al tener carácter vinculante y prevalente al derecho interno de los Estados miembros.

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso señalar que los principios del derecho romano están presentes en diferentes cuerpos normativos o jurisprudenciales, de manera directa o indirecta. Esto quiere decir que han sido positivizados, ya sea mediante leyes expedidas por el Congreso, a través de diferentes actos administrativos o por medio de jurisprudencia de las Altas Cortes; en este último caso, en las formas que se configuran vinculantes y que, por ende, tienen dicha fuerza. Ello puede que no ocurra con los principios que no han sido positivizados, esto es, los principios

---

siendo el primero aquel que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto”, cuyas decisiones “son obligatorias desde el mismo momento de su promulgación, salvo que, expresamente, se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Así mismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales” (Corte Constitucional, 1998). (Resaltado fuera de texto)

generales del derecho como fuentes auxiliares del derecho.

## 5. Fuentes auxiliares del derecho colombiano

Como se dijo, el artículo 230 de la Constitución y el artículo 7 del CGP establecen las fuentes del derecho colombiano; razón por la cual también se hacen presentes los criterios auxiliares del derecho, dentro de los que se encuentran *la costumbre, la doctrina, la equidad y los principios generales del derecho*. La costumbre no se aborda en el presente texto, dado que, por su complejidad y doble naturaleza, tendría que abarcarse de manera más minuciosa.

Los operadores jurídicos pueden valerse de estas fuentes, cuando las fuentes vinculantes no permitan realizar una subsunción directa o, en otras palabras, se presenten casos difíciles, tales como lagunas, ambigüedades, antinomias, colisiones entre principios constitucionales o una situación de injusticia material<sup>4</sup> flagrante, a

---

<sup>4</sup> La Corte Constitucional ha establecido el principio de justicia material en la aplicación del derecho de la siguiente manera: Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte se ha referido al principio de la justicia material, al señalar que este “se opone a la aplicación formal y mecánica de la Ley en la definición de una determinada situación jurídica. Por el contrario, exige una preocupación por las

pesar de existir norma directamente aplicable. La equidad, la doctrina, la costumbre y los principios generales del derecho, más que fuentes son criterios de interpretación.

## 5.1 La equidad

La *equidad* es un concepto de carácter deontológico y, por ende, conlleva una

serie de complejidades en el momento en que los operadores jurídicos lo aplican. Sin embargo, la Constitución lo reconoce en diferentes partes (arts. 20, 95 226, 230, 267 y 363); resulta claro que, en esos artículos, no se hace alusión a una justicia distributiva como, por ejemplo, la que se predica del recaudo de impuestos, conforme a las capacidades económicas de cada persona.

Por otro lado, en la administración de justicia, tiene como finalidad evitar injusticias, por cual la Corte Constitucional lo explica de la siguiente forma:

consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, en el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales". No obstante, este Tribunal también ha manifestado que el principio de la justicia material no puede ser considerado como absoluto, en cuanto a su aplicación para la determinación de una situación jurídica. En este sentido, ha sostenido que dicho supuesto es "insostenible teóricamente e impracticable judicialmente", dado que se estarían desconociendo las formalidades establecidas para el reconocimiento del derecho, en beneficio de una consideración fáctica. La aplicación de este principio es de carácter obligatorio dentro de las actuaciones y decisiones de la Administración, cuando define situaciones jurídicas, que, además de ajustarse al ordenamiento jurídico y ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa o motivo, deben responder a la idea de la justicia material. De igual forma, lo es en la función ejercida por los jueces en el análisis de los casos concretos, quienes, dentro del estudio probatorio, deben evitar incurrir en el exceso ritual manifiesto, en la inobservancia del material probatorio, y, por el contrario, han de sujetarse a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, como la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas. (Corte Constitucional, 2015)

La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la Ley a un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que este se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial, en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir cómo hubiera obrado el legislador. En la primera hipótesis la equidad corrige la Ley; en la segunda, integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la

Ley resultaría una injusticia (Corte Constitucional, 2015). (Resaltado fuera de texto)

los enunciados normativos y cambiar totalmente la manera en que son eficaces.

La equidad se erige, entonces, como un principio constitucional y, a su vez, como un criterio de justicia nacido con la geometría aristotélica, como una herramienta de corrección en la administración de justicia, cuando existe un tipo de caso difícil.

De acuerdo con la doctrina constitucional, se explica que siempre que haya solución en la jurisprudencia o esta determine la doctrina que se debe seguir, prevalece esta, a saber:

## 5.2 La doctrina

Esta fuente del derecho desempeña un papel especial, dado que consiste en todos los trabajos o escritos realizados en diferentes niveles, por diferentes doctrinantes, teóricos y científicos del derecho, en torno a determinadas temáticas, con diferentes niveles de rigurosidad. La Corte Constitucional ha reconocido que esta fuente auxiliar forma parte del concepto del *derecho viviente*<sup>5</sup>, puesto que de ella pueden surgir diversas interpretaciones de

(...) acudir exclusivamente a la doctrina, cuando el sentido de un concepto y los alcances de una institución han sido fijados por la jurisprudencia, es un procedimiento insuficiente porque (i.) impide al juez constitucional apreciar cuál es el significado real de las normas juzgadas —dentro del proceso de adjudicación—, y porque (ii.) no brinda elementos de juicio relevantes para analizar la función que estas cumplen en el Estado y en la sociedad. (...) “el juez que, en sus actuaciones decide no atender a este criterio auxiliar, o encuentra que, en determinado caso, debe decidir contradiciendo la opinión mayoritaria de los doctrinantes, no por eso incurre en una actuación de hecho. (Corte Constitucional, 2015)

<sup>5</sup> Al respecto, la Corte Constitucional (2015) sostiene que “(...) reconocerle valor jurídico al derecho viviente dentro del juicio de inconstitucionalidad de las leyes, esto es, a la labor interpretativa que de las normas realizan la jurisprudencia y la doctrina, y que determina su margen de aplicación en el contexto social, constituye una garantía de imparcialidad, efectividad y seguridad del examen que realiza la Corte, ya que permite establecer con claridad cuál es el verdadero alcance de la norma examinada, y tomar conciencia clara de la regla de derecho que va a ser confrontada con la Constitución Política”.

Esta explicación de la Corte hace que sea muy difícil aplicar la doctrina para solucionar un caso concreto, pues la jurisprudencia ya ha elegido en la mayoría de sus decisiones la doctrina que se debe seguir, ya sea de manera

implícita o explícita; pero es claro que, en el proceso constitucional de la demanda de una norma, es posible plantear doctrinas que permiten una interpretación diferente o la invalidez de esta en el ordenamiento jurídico, por parte del demandante.

### 5.3 Los principios generales del derecho

El último criterio auxiliar, explicado a continuación, es el de los principios auxiliares del derecho, por cuanto aquí es donde podrían estar presentes los principios generales del derecho romano; conviene hacer algunas precisiones sobre lo que se puede entender como una *norma principio* y su diferencia con los principios generales del derecho. Para ello, vale la pena poner de relieve algunas teorías que dan cuenta del concepto de *principio*.

#### 5.3.1 Principios del derecho desde la teoría de Yerzy Weoblesky

Existen varias teorías jurídicas que analizan los principios en el derecho; no obstante, sobresale una de ellas, la formulada por Yerzy Weoblesky, ya que, además de ser bastante completa, permite cubrir a las diferentes clases de principios, dentro del sistema de fuentes colombiano. Para este autor,

por *principio* se pueden entender cinco cosas distintas; así, existen *principios positivos del derecho*, *principios implícitos del derecho*, *principios extrasistémicos del derecho*, *principios nombres del derecho* y *principios de construcción del derecho*. Esta clasificación es relevante para el objetivo del presente escrito, por cuanto permite delimitarlo y denotar el concepto de *principios generales del derecho* y su subcategoría en el derecho romano.

En este sentido, se debe dejar en claro que, de la clasificación de principios traída a colación es necesario distinguir que los *principios generales del derecho* se enmarcan en los principios extrasistémicos; por no estar positivizados en ninguna fuente del derecho formal.

##### 5.3.1.1 Principios positivos del derecho.

En primer lugar, los *principios positivos del derecho* son todos aquellos que están dentro del sistema normativo del derecho; es decir, que han sido expedidos en el marco de la validez formal y material, por alguna autoridad estatal investida para ello, dentro de algún tipo de contenido normativo, y se configuran, por tanto, como un enunciado normativo. Dentro de esta categoría se encuentran los principios constitucionales (bloque de constitucionalidad), los principios legales,

los principios de analogía *legis* y los principios creados por las Altas Cortes o en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante precedente judicial, doctrina probable o doctrina constitucional.

De este modo, es claro que todo el sistema de fuentes formales puede contener, de manera dispersa, principios generales del derecho romano y, de manera concentrada, en el Código Civil.

#### 5.3.1.2 Principios generales del derecho.

Este tipo de principios son *extrasistémicos*, es decir, no se encuentran de ninguna manera positivizados en alguna fuente formal del derecho; por lo cual, pueden hallarse en los denominados *principios del derecho natural*, que pueden tener como fuente el racionalismo, la cosmología griega y la teología; teniendo en cuenta sus distintas variables, así como los principios del derecho romano, establecido en sus diferentes cuerpos normativos y fuentes, toda vez que no han sido reconocidos por alguna fuente formal y que, además, pueden, al mismo tiempo, tener un carácter *iusnaturalista*. Su textura no importaría mucho, ya que, al hacer referencia a principio, es necesario recurrir a un parámetro más amplio, en el que son parámetros fundadores del derecho o parámetros hermenéuticos para casos difíciles.

## 6. Principios del derecho romano en el Digesto

Como se dijo, los principios del derecho romano, en su gran mayoría, están reconocidos en el Código Civil colombiano; sin embargo, es necesario comprender que los principios de derecho romano por excelencia se encuentran en el Libro I del *Digesto*. A continuación, se mencionan algunos de ellos con el fin de hacer algunos comentarios sobre su posible aplicación a un caso concreto de la actualidad, siempre y cuando no sea un principio positivizado.

El principio uno: “1. Papiniano; Definiciones, libro I. —La ley es precepto común, decreto de hombres prudentes, corrección de los delitos que, por voluntad o ignorancia, se cometen, y pacto común de la república”. Puede decirse que da cuenta de la importancia de la Ley como medio para restablecer las conductas punibles al estado anterior; así como las modalidades de esta, dolo y culpa, que no son sólo categorías del derecho penal, sino del derecho civil y disciplinario, sin dejar de lado que en estas dos últimas áreas del derecho tienen algunas características diferentes.

El principio dos:

2. Marciano; Instituciones, libro I. —Pues también la define así el

orador Demóstenes: *Leyes* aquello a que convine que todos obedezcan, así por otras muchas razones como, principalísimamente, porque toda ley es invención y, con don de Dios, decreto de hombres prudentes, corrección de los delitos que voluntaria o involuntariamente se cometen, **pacto común a la ciudad**, a cuya prescripción deben ajustar su vida todos los que moran en aquella república. Mas también Crispo, filósofo de la suma sabiduría estoica, comienza así en un libro que compuso acerca de la ley: La ley conviene, pues, que para buenos y malos sea presidente, y príncipe y caudillo; y que, conforme a esto, sea regla de justos e injustos, y de aquellos animados que, por naturaleza, viven vida civil, preceptora de lo que debe hacerse y prohibidora de lo que se debe ejecutar.

Si bien este principio trae consigo elementos iusnaturalistas de carácter teleológico, al mismo tiempo, y en el marco de la filosofía estoica, trae inmerso el principio de igualdad ante la Ley, con sus respectivos moduladores deónticos.

El principio tres: “3. Pomponio; Comentarios a Sabino, libro XXV. —Conviene que las leyes se establezcan, según dijo Teofrasto, sobre lo que muy frecuentemente sucede, no sobre lo inopinado”. Consiste en la pauta que debe tener

el legislador, en el momento de crear las leyes o el magistrado ponente de una sentencia, cuando establece una subregla constitucional, respecto de un vacío normativo; en este caso sí sería posible predicar la aplicación de este principio general del derecho romano.

El principio quince: “15. Juliano; Digesto, libro XXVII. —En aquello que está constituido contra la razón del derecho, no podemos seguir la regla del derecho.” Este consiste en uno de los pilares del iusnaturalismo, ya que, comprende que las normas que no tienen coherencia con la razón, como criterio de justicia, no se deben aplicar; por lo cual es posible utilizarlo como un criterio positivista formal o utilitarista, en un caso concreto.

El principio dieciséis: “16. Paulo; De los derechos especiales, libro único. —Derecho singular es aquel que, contra el tenor de la razón, ha sido introducido con autoridad de los que lo establecen, por causa de alguna utilidad particular”. En este principio es posible identificar un parámetro de validez formal de la expedición de fuentes del derecho, basado en que, a pesar de ser injustas o contra la razón, pueden utilizarse, siempre y cuando sean útiles.

El principio diecisiete: “17. Celso; Digesto, libro XXVI. —Saber las leyes no es esto, conocer sus palabras, sino su

fuerza y su poder”. Establece que las normas no deben saberse de manera memorística, sino conocerse y comprenderse, ya que, es fútil conocer sólo sus simples palabras, sin lograr entender su trascendencia; por lo cual es susceptible de ser aplicado a un caso concreto.

## 7. Requisitos para el uso de los principios generales del derecho romano en el sistema de fuentes actual

Teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la sentencia C-284 de 2015, en la que se debate el cargo formulado en contra de la ley que establece la fuente auxiliar de los principios generales del derecho, la Corporación estableció lo siguiente:

(i) sólo resulta posible, cuando, después de acudir a los métodos de interpretación literal, sistemático, teleológico, histórico o aquellos otros acuñados por la jurisprudencia constitucional para fijar el sentido de la Carta, persisten **dudas insuperables acerca de su interpretación**; (ii) no puede conducir, en ningún caso, al desconocimiento o infracción de ninguna norma formalmente incorporada a la Carta o integrada al bloque de constitucionalidad. Además, la invocación de un principio del de-

recho natural impone una carga de argumentación especialmente exigente que se traduce (iii) en el deber de demostrar con argumentos racionalmente controlables (a) **que la existencia y pertinencia del principio puede ser fundamentada** y (b) **que ha sido reconocido de manera amplia por la doctrina más autorizada en la materia.**

Por ende, la doctrina constitucional lleva a que sea posible aplicar principios generales del derecho en casos difíciles, como se dijo, y, además, es necesario acudir a los métodos tradicionales de la interpretación de la Ley porque, luego, si de ellos siguen persistiendo dudas, esa posibilidad de aplicar los principios generales del derecho se mantiene abierta.

## Conclusiones

- Si el principio general de derecho romano se utiliza y refleja en una sentencia de Altas Cortes, vía precedente judicial, doctrina probable y doctrina constitucional, ya no es un principio general del derecho romano, y se convierte en una *norma principio*, al ser positivizada.
- Es posible utilizar, en el marco de las fuentes auxiliares del derecho, principios de derecho romano, que son de carácter extrasistémico y



forman parte de la categoría de los *principios generales del derecho*.

- Existe un precedente judicial de la Corte Constitucional, que establece los parámetros para poder aplicar los principios generales del derecho, y que entiende que estos abarcan los principios generales del derecho romano.
- Si bien este precedente no establece de manera precisa lo que se entiende por casos que implican dudas insuperables, es pertinente afirmar que ello sucede cuando hay lagunas, ambigüedades, antinomias y colisiones entre principios constitucionales, o cuando se presenta una situación de injusticia material flagrante, a pesar de existir norma directamente aplicable; cuando persisten luego de aplicar los métodos tradicionales de interpretación de la Ley.
- Si con los métodos de interpretación de la Ley establecidos por la Corte Constitucional, interpretación literal, sistemático, teleológico, histórico, o aquellos otros acuñados por la jurisprudencia constitucional para fijar el sentido de la Carta, persiste una duda, es necesario señalar que se hace muy difícil que los principios generales del derecho tengan cabida.
- No obstante, cuando la Corte establece, como método de interpretación, el histórico, es importante

recordar que el creador de esta teoría es Friedrich Karl von Savigny, quien, a su vez, es uno de los romanistas más importantes con respecto a las historias del derecho romano. Su teoría consiste en hacer revisiones históricas de las instituciones del derecho actual con el fin de encontrar diferentes aspectos que permitan aplicarlo en el presente, hallando la hermenéutica más ajustada; por ello, si se llega a aplicar este método a una institución del derecho romano que tenga relación con algún principio del derecho romano, en efecto, podría ser aplicado allí, antes de acudir a los principios generales del derecho.

- La aplicación de los principios generales del derecho es especialmente compleja porque, además de pasar por los filtros de los métodos de interpretación, es necesario que se cumpla con parámetros a fin de que sea racionalmente sustentable y reconocida; con lo cual, en algunos casos, los principios generales del derecho del *Digesto* sí cumplen.
- No todos los principios generales del derecho del *Digesto* son de carácter auxiliar, ya que, como sucede, por ejemplo, con la Ley definida en el artículo cuatro del Código Civil, es muy similar al principio siete 7: “Modestino; Reglas, libro I.- La virtud de la Ley es esta: mandar, vedar, permitir, castigar”.

## Referencias

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 18 de enero, 2011. DO núm. 47.956 (col).

Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. 12 de julio, 2012. DO núm. 48.489 (col).

Medellín Aldana, C., Medellín Forero, C. y Medellín Becerra, C. (2000). *Leciones de derecho romano* (14.ª ed.). Editorial Temis.

Sentencia C-256 de 1998. Corte Constitucional (Fabio Morón Díaz, M. P.).

Sentencia C-259 de 2015. Corte Constitucional (Gloria Stella Ortiz Delgado, M. P.).

Sentencia C-284 de 2015. Corte Constitucional (Mauricio González Cuervo, M. P.).

Sentencia T-339-15 de 2015. Corte Constitucional (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.).

Sentencia SU-068 de 2018. Corte Constitucional (Fabio Rojas Ríos, M. P.).

Wróblewski, J. (1989). *Sentido y hecho en el derecho* (3.ª ed.). Editoriales Jurídicas Olejnik.